

## La innovación jurídica en la igualación de prácticas cotidianas

María Cecilia Fernández<sup>1</sup>  
Reinaldo Andrés Moralejo<sup>2, 3</sup>

### Resumen

El presente trabajo pretende demostrar que la innovación jurídica en materia de igualación de derechos entre varones y mujeres puede generar nuevas prácticas que mejoren la calidad de la vida cotidiana dentro del núcleo familiar.

Puntualmente, el trabajo se orienta a una propuesta dialéctica de modificación legislativa que permita a hombres y mujeres acceder a las mismas licencias laborales. A través de ello se pretende también instaurar un debate relativamente reciente acerca de la cuestión de género, y que supera, desde nuestra postura, la visión masculina dominante.

De este modo se contribuiría a la disminución de la discriminación de género en cuanto al acceso a puestos de trabajo, así como a la inclusión del varón en la primera etapa de vida del nuevo hijo.

Por otra parte, la presencia del varón en la vida familiar generaría para la mujer mayores posibilidades de crecimiento profesional y proveería a una verdadera coparticipación en la crianza.

Una consecuencia de la eliminación de distinciones entre varones y mujeres

1. AMUMRA (Asociación de Mujeres Unidas Migrantes y Refugiadas en Argentina) Res. I.G.J. 0000801, Avenida Pueyrredón 19, Piso 2, Ciudad de Buenos Aires (1032). E-mail: mariaceciliafer@hotmail.com.

2. CONICET, División Arqueología, Museo de La Plata. Facultad de Ciencias Naturales y Museo, UNLP. Av. Paseo del Bosque s/n, La Plata (1900). E-mail: reinaldomoralejo@yahoo.com.ar.

3. Expresamos nuestro agradecimiento a la Asociación de Mujeres Unidas Migrantes y Refugiadas en Argentina (AMUMRA), al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y a la Facultad de Ciencias Naturales y Museo de la Universidad Nacional de La Plata por el apoyo institucional para realizar diversos aportes teórico- metodológicos vinculados con determinadas problemáticas que atañen a nuestra sociedad. También queremos agradecer los comentarios realizados por el evaluador/a, que permitieron enriquecer nuestro trabajo.

en el lenguaje normativo también se traduciría en la inclusión de las nuevas situaciones que, a partir de la aparición de nuevas clases de familia distintas de la tradicional “familia tipo”, imponen la renovación que se propone, en materia de relaciones laborales.

**Palabras clave:**

Innovación Jurídica - Licencias - Nacimiento - Coparticipación en la crianza

**Abstract**

This paper aims to demonstrate that innovation in the legal equalization of rights between men and women can create new practices that improve the quality of daily life within the family.

Specifically, the paper is oriented to a dialectic proposed legislative amendment to allow men and women access to the same labor licenses. Through it also aims at a relatively recent debate on the issue of gender, and exceeds, from our position, the dominant male view.

This will contribute to the reduction of gender discrimination in access to jobs, as well as the inclusion of men in the early life of the new child.

Moreover, the presence of men in family life can generate, for women, greater opportunities for professional growth and provide a true partnership in parenting.

One consequence of the elimination of distinctions between men and women in the legal language, would also result in the inclusion of new situations, that emerge from the new kinds of families, different from the traditional “family type”. This fact, requires drastic changes in the matter of labor relations.

**Keywords:**

Legal Innovation - License - Birth - Partnership in parenting

## 1. Introducción

Cuando hablamos de género partimos de la idea que tanto lo “femenino” como lo “masculino” no son hechos naturales o biológicos, sino construcciones culturales. La existencia de los géneros a lo largo de la historia ha llevado a organizar, de alguna manera, la realidad social tanto simbólica como empíricamente. Esta organización ha estado signada por desigualdades sociales y políticas en torno

a la diferenciación entre los sexos (Cobo Bedia, 1995). Los estudios realizados acerca de las categorías de género muestran el grado en que estas varían a lo largo del tiempo, y junto a ellas los territorios sociales y culturales asignados a mujeres y a hombres. En este sentido, y extrapolando este tema a todas las instituciones (económicas, políticas, sociales y religiosas) por las que se encuentra mediado, entendemos que los supuestos sobre el género –a lo largo de la historia– moldean la cultura profesional (Conway *et al.*, 1996 [1987]).

En cuanto al origen del concepto de género, ya en el siglo XVII se manifestaba que la desigualdad entre hombres y mujeres no era consecuencia de la desigualdad natural, sino que dicha desigualdad era producida por las propias teorías sociales y políticas de la época que postulaban la inferioridad de la mujer.

La idea anterior dejaba entrever que el género era una construcción social. Dicha idea se consolidó en el Siglo de las Luces (Iluminismo del siglo XVIII), al manifestarse que la desigualdad no era un hecho natural sino histórico-social. En este período se generó una intensa polémica en torno a la posición de la mujer y del hombre dentro de la sociedad. Así por ejemplo, algunos teóricos como Rousseau llegaron a construir la idea de lo “femenino” naturalizando a la mujer en la tarea de “esposa” y “madre” en un determinado espacio “doméstico”; mientras que el hombre era posicionado en el espacio de lo público. Estas posturas que inferiorizaban a las mujeres fueron denunciadas y refutadas por algunos teóricos de la época como D’Alembert, Condorcet, Madame de Lambert, Théroigne de Méricourt y Olympe de Gouges,<sup>4</sup> entre otros (Puleo, 1993).

Los estudios de género surgen a partir de la década de los setenta en EE.UU. a consecuencia de la lucha provocada por movimientos feministas. A partir de entonces se ha ido incorporando a todas las ciencias sociales como objeto de estudio de las mismas, redefiniendo algunos conceptos y provocando la crisis de ciertos paradigmas altamente instaurados en la sociedad. Ello también fue producto de que las grandes corrientes teóricas como el marxismo, funcionalismo y estructuralismo nunca habían dado cuenta de la opresión de las mujeres. Razón por la cual “cuando las mujeres entran a formar parte del cuadro, ya sea

4. Olympe de Gouges publicó en 1791 la “Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana”, en virtud de que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, no contemplaba a las mujeres como sujetos de derecho. En su escrito manifestaba: “Las madres, las hijas y las hermanas representantes de la nación, piden ser constituidas en Asamblea Nacional. Considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer, son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una solemne declaración, los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer [...]”. En 1793 murió en la guillotina (Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadanía de Olympe de Gouges).

como objetos de investigación en las ciencias sociales o como investigadoras, se tambalean los paradigmas establecidos" (Cobo Bedia, 1995: 61). En este punto, es cuando la mujer se constituye en un sujeto histórico digno de sentido.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo de nuestro trabajo consiste en explicar cómo la innovación jurídica en materia de igualación de derechos entre varones y mujeres puede generar nuevas prácticas que mejoren la calidad de la vida cotidiana dentro del núcleo familiar. En este sentido, presentaremos una propuesta dialéctica de modificación legislativa que permita a hombres y mujeres acceder a las mismas licencias laborales. Superando de este modo una visión masculina dominante muy en boga en los debates acerca de la cuestión de género (Bourdieu, 1998).

Creemos, en este caso, que el uso de una herramienta legislativa podría proveer el desarrollo de prácticas nuevas que la propia sociedad cree imposibles debido a la permanencia de determinados imperativos signados por la costumbre.

## 2. Metodología

La metodología utilizada para el desarrollo del presente trabajo es el análisis de la normativa vigente, aplicable al tópico de las licencias por maternidad en la ley de contrato de trabajo. A partir de la lectura de la normativa que se detalla en el desarrollo y se cita a lo largo del texto, pudieron detectarse evidentes diferencias en la asignación de licencias por maternidad fundamentadas en el sexo del trabajador. Por otra parte, se revelaron lagunas de derecho respecto del goce de las licencias mencionadas para casos de matrimonio entre personas del mismo sexo o bien, para casos de adopción. A su vez, a partir de la lectura de la bibliografía citada, pudo advertirse que la problemática de la inserción laboral de la mujer desde los aspectos económicos, sociales, culturales y profesionales sigue siendo una discusión vigente, como también el concepto de coparticipación en la crianza y el de maternidad centrada en la familia, conceptos que se verían afectados positivamente con la solución que se propone en este escrito.

## 3. Desarrollo

La Ley de Contrato de Trabajo 20.744 establece en su artículo 158 "Régimen de las licencias especiales: Clases. El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales: a) Por nacimiento de hijo, dos (2) días corridos". Por su parte, el Título VII "Trabajo de mujeres", en el Capítulo II de la misma ley establece: "De

la protección de la maternidad". Art. 177. Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo.

Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta (30) días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pre-término se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días.

La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior.

En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor, a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el artículo 208 de esta ley (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N°21.824 B.O. 30/6/1978).

A priori surge una cuestión visual que es la distinción entre el trabajo de hombres y mujeres.

Las sucesivas modificaciones legislativas han conservado intacto el título en el que se encuentran previstas las licencias por maternidad, entre otras, que se describe como "Trabajo de mujeres".

Este título viene dado desde el proyecto de ley original aprobado allá por 1974, año en el que la realidad de hombres y mujeres era notablemente diferente entre sí, y respecto de la realidad entre hombres y mujeres en la actualidad.

Habiendo sido en sus comienzos un avance en la inclusión de las mujeres a la vida laboral con derechos reconocidos y protegidos, hoy se impone una actualización de la normativa para que pueda ser más acorde a los tiempos que corren.

Si se observa el debate parlamentario de la Ley 20.744, son numerosos los párrafos en los que se hace alusión a la necesidad de que la ley se ajuste a la realidad social, pero también que esa ley se torne aplicable.

Esto significa que las leyes en general, y las laborales en particular por ser las que nos ocupan, deben incidir en la vida cotidiana de manera positiva propendiendo a que las ideas que movilizaron su promulgación se traduzcan en prácticas posibles.

El devenir histórico ha generado nuevas realidades desde principios de siglo XX hasta ahora, las que, en materia de cuestiones de género y diversidad sexual han sido particularmente abundantes y superadoras (Rojas Novoa, 2013). Todas esas innovaciones se han dado en la medida que ha sido necesario recibir demandas sociales para darles respaldo normativo (Binnstock, 1998).

Sin embargo, el derecho laboral local ha quedado de algún modo rezagado en la cuestión relativa al planteo de igualdad, específicamente en lo relacionado con el régimen de licencias por nacimiento de hijo. Como se detalló más arriba, la diferencia entre las licencias de hombres y mujeres en este punto es total. Por un lado, los hombres con dos días, por el otro, las mujeres con 90 días.

Esta desigualdad, pensada desde un punto de vista netamente biológico, excluye al hombre de la participación que necesariamente debe tener en la familia en los primeros meses de vida del nuevo hijo. La presencia del padre, sobre todo si hay otros hijos en la familia, es fundamental para la salud de todos los miembros que reciben un nuevo individuo (Asprea *et al.*, 2012).

La coparticipación de padre y madre en la crianza de los hijos es una cuestión que, si bien es reclamada desde la femineidad, no lo es con tanta fuerza por cuanto las mujeres aceptan la imposición social de ser las responsables principales del crecimiento de los niños (Bonder y Rosenfeld, 2004). Parece normal (o naturalizado) que la licencia por maternidad para los varones sea significativamente menor que para las mujeres.

La existencia de normas que dan distinto tratamiento a hombres y mujeres padres fomenta que estos reclamos perduren en el tiempo sin solución.

Una igualdad en materia de licencias por nacimiento pondría en la misma situación a hombres y mujeres para poder participar del evento de llegada de un nuevo integrante a la familia.

Si se considera, por otra parte, la necesidad de apoyo emocional de la mujer en estado puerperal, mucho más puede sostenerse la exigencia de paridad legislativa pues la presencia del padre sería un sostén para su situación de vulnerabilidad.

**¿Por qué este trabajo tiene el título que lleva? Porque en este caso particular, la herramienta legislativa proveería al desarrollo de prácticas nuevas que la**

propia sociedad cree imposibles por imperativos culturales. ¿Qué significa esto? Que la posibilidad de estar presente aproximaría al varón al evento de la maternidad, vivido tan ajenamente por cuestiones de formación social y receptación legislativa.

Otro aspecto en el que tendría incidencia esta igualación sería el que opera como criterio de selección para los empleadores. Las mayores licencias femeninas colocan a las mujeres en posición de inferioridad respecto del varón a la hora de competir por un empleo, aunque sus capacidades de trabajo sean semejantes. Esto significa una barrera más para que las mujeres puedan obtener tareas jerarquizadas de trabajo en pie de igualdad con los hombres.

Si todos pudieran tomarse las mismas licencias, habría un escollo menos en la maravillosa idea de la igualdad de género. De este modo, de acuerdo con Olsen (2000 [1990]), tanto hombres como mujeres contarían con los mismos derechos y privilegios sociales.

Qué decir, asimismo, del crecimiento profesional dado por el desempeño laboral, del que muchas veces se ven privadas las mujeres por ser discriminadas por su sola condición, en virtud de estas licencias que las favorecen pero no tanto.

Más allá de estas situaciones, no puede escaparse la cuestión relativa a la adopción, para la cual la ley laboral guarda silencio. Sólo algunas convenciones colectivas de trabajo prevén estas licencias y no de modo igualitario. Algunas mujeres, mediante fallos judiciales,<sup>5</sup> han conseguido que se las equipare con las madres biológicas a los efectos de obtener la licencia por maternidad. No así los hombres, por supuesto; ¿quién haría un juicio para tener dos días de licencia?

Es destacable que los Convenios Colectivos de Trabajo, si bien tienen fuerza de ley, son acuerdos que tienen plazos de duración y están sujetos a renovación por las partes una vez que culmina ese término.

Como marco de las cuestiones que se discuten, cabe recordar el texto de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, receptada en nuestro país por la Ley 23.179 del año 1985 y jerarquizada con rango constitucional en el capítulo cuarto, artículo 75, inciso 22 en la reforma constitucional de 1994.

En el preámbulo de la Convención ya se advierte que la cuestión biológica no debe constituir para la mujer un perjuicio. En efecto, la Convención reza: "El papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación".

Fundamentalmente en lo que respecta a este trabajo, el artículo 5 de esta Convención establece:

5. "Mansilla Villarroel, María Cecilia y Otro S/ Amparo", Expte. N°18462/06. Cámara del Trabajo de la III° Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, Argentina.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Así, la comprensión de la maternidad como una cuestión social incorpora directamente el concepto que atraviesa este aporte. Esto es, el correr el punto de vista en 180 grados y colocar la mirada en el hijo que llega y no en el sexo de quien o quienes lo reciben.

#### 4. Discusiones

De todo el desarrollo anterior surgen algunas preguntas: ¿cómo se articula esta normativa con la Ley 26.618 de Matrimonio Civil (Matrimonio Igualitario)? ¿Qué sucedería si fuera una pareja de dos hombres? ¿Qué pasaría si fueran dos mujeres? ¿Quién gozaría de la licencia y cuánto duraría? ¿Qué sucedería en un caso de alquiler de vientre en el extranjero; se otorgaría la licencia al contratante; cuánto tiempo?

Entendemos que todos estos interrogantes desaparecerían si se suprimieran las distinciones sexuales en la ley de contrato de trabajo, así como también si se sustituyera la palabra maternidad por la expresión “nacimiento o adopción de un hijo”. No importa ya qué genes se manifestaron a la hora de definir nuestro sexo al nacer, lo que importa es la llegada del nuevo hijo y no el sexo de quien lo recibe.

Danzan hoy por las Cámaras legislativas ciertos proyectos de ley que no terminan de resolver el problema ya que siguen sosteniendo la diferencia entre paternidad y maternidad, lo que, como dijimos, ya pasó de moda.

Si la ley civil establece las mismas obligaciones para hombres y mujeres, ya sean padres biológicos o padres adoptivos, por qué la ley laboral no reconocería los mismos derechos.

Las leyes son producciones humanas, es decir culturales, que reflejan de algún modo los procesos históricos y sociales que signan la vida de los individuos.



En función de ello se constituyen en herramientas jurídicas de regulación social. Sabemos que desde el surgimiento del pensamiento liberal clásico, nuestro pensamiento ha sido estructurado de acuerdo a series dicotómicas, o dualistas (racional/irracional, activo/pasivo, razón/emoción, cultura/naturaleza, objetivo/subjetivo, universal/particular) que han tenido una intensa incidencia en la construcción sociocultural del género. De este modo, la dualidad sexual (masculina/femenina) se fue cargando de significados con claras diferencias en cuanto a cuestiones de jerarquía y de derechos. Por esta razón las principales estrategias feministas contra este sistema dual dominante de pensamiento han sido el rechazo a la sexualización y jerarquización de los dualismos (Olsen, 2000 [1990]). Es decir, la lucha por la igualdad de derechos y la igualdad de accesos a todos los privilegios sociales.

Creemos que cualquier cambio en el devenir histórico debería verse materializado en el seno de las leyes, al punto de reflejar las nuevas realidades sociales vinculadas, tal como se ha manifestado en este trabajo, a las cuestiones de género y diversidad sexual.

Las leyes deben incidir en la cotidianeidad de manera positiva conduciendo a que las ideas, que movilizaron su promulgación se traduzcan en prácticas posibles, permitiéndose de ese modo que las demandas sociales logren tener respaldo normativo.

Una modificación legislativa como la que se propone en materia de licencias laborales podría aportar al mejor posicionamiento femenino a la hora de la obtención de empleos, así como también a la introducción del varón en el concepto de coparticipación en la crianza.

A su vez, a la luz de los cambios en materia de matrimonio igualitario, como también en materia de adopción, colocar la mirada en la llegada del hijo y no en quien lo recibe zanjaría las diferencias que hoy por hoy existen, entre las diferentes clases de padres y madres.

## Referencias Bibliográficas

- Asprea, I.; García, O. y Nigri, C. (coords.): *Recomendaciones para la práctica del control preconcepcional, prenatal y puerperal*. Anexo Maternidad Segura y Centrada en la Familia, Dirección Nacional de Maternidad e Infancia. Subsecretaría de Salud Comunitaria. Ministerio de Salud de la Nación. República Argentina, 2012, pp. 133-160. Disponible en <http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000158cnt-g02.control-prenatal.pdf>.
- Binnstock, H.: *Hacia la igualdad de la mujer*. Avances legales desde la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Unidad Mujer y Desarrollo. Comisión Económica para América y el Caribe (CEPAL), 1998. Disponible en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/4342/lcl1126e.pdf>.
- Bonder, G. y Rosenfeld, M.: *Equidad de género en Argentina. Datos, problemáticas y orientaciones para la acción*, Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). Área Género Sociedad y Políticas FLACSO Argentina. PNUD Argentina, 2004, pp. 17-31 y 82-89. Disponible en [http://www.undp.org.ar/docs/Libros\\_y\\_Publicaciones/03\\_Equidad\\_Genero\\_ARG.pdf](http://www.undp.org.ar/docs/Libros_y_Publicaciones/03_Equidad_Genero_ARG.pdf).
- Bourdieu, P.: *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 1998.
- Cobo Bedia, R.: "Género", en Amorós, C. (comp.), *10 palabras clave sobre Mujer*, Estella, Verbo Divino, 1995, pp. 55-83.
- Conway, J. K.; Bourque, S. C. y Scott, J. W.: "El concepto de género", en Lamas, M. (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, PUEG - Grupo México D. F., Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1996, pp. 21-33.
- Olsen, F.: "El sexo del derecho", en Ruiz, A. E. C. (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 25-42.
- Puleo, A. H. (ed.): *La Ilustración Olvidada: La Polémica de Los Sexos en el Siglo XVIII*. Anthropos Editorial, Barcelona, 1993.
- Rojas Novoa, M. S.: *Relaciones de género, instituciones de poder: tensiones en el saber sobre la protección de la infancia en América (1910-1930)*, Trabajo presentado en las X Jornadas de Sociología de la UBA: 20 años de pensar y repensar la sociología. Nuevos desafíos académicos, científicos y políticos para el siglo XXI, 1 a 6 de Julio de 2013. Mesa 70: Sociología de las elites, 2013. Disponible en <http://sociologia.studiobam.com.ar/index.php/mesas/sociologia-de-las-elites/>.

## **Leyes**

Código Civil Argentino.

Ley 20.744 de Contrato de Trabajo.

Ley 23.179, ratifica la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Ley 26.618, de Matrimonio Civil.